



Universidad  
de Alcalá

**ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE FONDOS  
PÚBLICOS DESDE UN ENFOQUE PROCESAL  
Y JURÍDICO PRÁCTICO PARA LA DEFENSA  
LETRADA**

Presentado por: Dña. Andrea Jiménez Pintado

Dirigido por: D. Esteban Mestre Delgado

**Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

Alcalá de Henares, a 12 de febrero de 2018

## *Índice*

<b>I) INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>Pág.5</b>
<b>II) DELITO DE ADMINISTRACION DESLEAL DE FONDOS PÚBLICOS.....</b>	<b>Pág.6</b>
<b>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....</b>	<b>Pág.6-9</b>
<b>DELITO.....</b>	<b>Pág.9-12</b>
<b>2.1 ELEMENTOS DEL TIPO (OBJETIVO Y SUBJETIVO).....</b>	<b>Pág.12</b>
<b>A) SUJETO ACTIVO.....</b>	<b>Pág.13-15</b>
<b>B) SUJETO PASIVO.....</b>	<b>Pág.15-16</b>
<b>C) MALVERSACION IMPROPIA.....</b>	<b>Pág.16-18</b>
<b>2.2 LA CONDUCTA TÍPICA.....</b>	<b>Pág.18</b>
<b>III) LAS PENAS.....</b>	<b>Pág.19</b>
<b>1 PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....</b>	<b>Pág.19-20</b>
<b>2 SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....</b>	<b>Pág.21-25</b>
<b>3 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.....</b>	<b>Pág.25-28</b>
<b>IV) ASPECTOS PROCESALES</b>	
<b>1 DETERMINACION DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE Y DEL ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER SOBRE DELITOS DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS EN LA MODALIDAD DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....</b>	<b>Pág.28</b>
<b>2 PROCEDIMIENTO ABREVIADO .....</b>	<b>Pág.29</b>
<b>A) FASE DE INSTRUCCIÓN.....</b>	<b>Pág.30-33</b>
<b>B) FASE INTERMEDIA O DE PREPARACION DE JUICIO ORAL.....</b>	<b>Pág.33-34</b>
<b>C) FASE DECISORIA O DE JUICIO ORAL.....</b>	<b>Pág.34-35</b>
<b>D) IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA.....</b>	<b>Pág.35-36</b>
<b>V) PROBLEMAS DERIVADOS DEL ENJUICIAMIENTO DE ESTA CLASE DE DELITOS.....</b>	<b>Pág.36</b>
<b>1 LOS AFORADOS , COMPETENCIA OBJETIVA POR RAZÓN DE LA PERSONA A LA QUE SE INVESTIGA.....</b>	<b>Pág.36-39</b>

<b>2</b>	<b>COMPETENCIA OBJETIVA ATRIBUIDA AL TRIBUNAL JURADO.....</b>	<b>Pág.39-41</b>
<b>VI)</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>Pág.41-44</b>
<b>VII)</b>	<b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....</b>	<b>Pág.44-45</b>
<b>VIII)</b>	<b>LEGISLACIÓN UTILIZADA.....</b>	<b>45-46</b>
<b>IX)</b>	<b>JURISPRUDENCIA CITADA.....</b>	<b>Pág.46-47</b>

## RESUMEN:

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar la reforma de los delitos de malversación de caudales públicos en la modalidad de administración desleal, operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Esta reforma era necesaria, pero no se ha desarrollado de manera eficiente. Su actual configuración como delito de administración desleal del patrimonio público, da cabida a conductas como son la venta de inmuebles a precio inferior a su valor, que anteriormente no podían ser catalogadas como malversadoras, gastos inoportunos, inapropiados o excesivos. También podemos hablar de autopistas, aeropuertos y demás construcciones sin utilidad pública y con sobrecostos injustificables, innecesarios e inútiles; en definitiva, todas esas infracciones atentan contra los principios de eficiencia y economía informadores del gasto público según establece el art. 31 de la Constitución Española<sup>1</sup>, y que generan un grave perjuicio al patrimonio de todos.

El objeto del presente trabajo es analizar el tipo en todos sus elementos y estudiar el cauce procesal para su enjuiciamiento, además de plantear los problemas que más frecuentemente plantea para su defensa letrada.

**Palabras clave:** Administración desleal del patrimonio público. Apropiación indebida. Delitos contra la administración pública. defensa letrada. Fondos públicos. Malversación de caudales públicos.

---

<sup>1</sup> Artículo 31 de la Constitución Española: 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto

**ABSTRACT:**

The following work has as an object to treat public embezzlement founds of disloyal administration.

All operated by the organic law 1/2015 of march 30<sup>th</sup> being modify organic law 10/1995 of November 23<sup>th</sup> from the penal code.

This reformation was necessary but it has not been developed in an efficient way. It's current configuration as an administration crime of public disloyal patrimony causes, behaviors like selling undervalued properties, that previously cud not be listed as en embezzlement mistimed, inappropriate or excessive expenses.

We are also talking about highways, airport and the rest of unless public construction over priced. The point is that all infraction attempting to the principles of affiance for the public spending as the Spanish Constitution informs on article 31<sup>th</sup> and it generated a serious damage to our all patrimony.

The main objet is to analyze the crime on all of the environment involved and to study the procedural course of prosecution for it's legal defense.

**KEYWORD:** Embezzlement of public wealth. Legal defense. Misappropriation. Offences against the public administration. Public funds. Unfair administration of public patrimony.

**I INTRODUCCIÓN**

El delito de malversación de caudales ha sido profundamente reformado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por lo que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Suponiendo una remisión a los también nuevos delitos de administración desleal, tipificado en el artículo 252, y apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal. Según el desarrollo de estos artículos, se requiere una interrelación entre sujeto – objeto. Siendo el sujeto activo una autoridad o funcionario público, y el objeto material el patrimonio público. Se debe entender como malversación una conducta irregular en la función pública, siendo aquellas conductas punibles cometidas por autoridades o funcionarios públicos, consistentes en la administración desleal o la apropiación indebida del patrimonio público, es decir, de aquellos objetos que tengan valor económico apreciable pertenecientes a la

Administración Pública, con ocasión del ejercicio de sus cargos<sup>2</sup>; de ahí su ubicación entre los delitos contra la Administración pública.<sup>3</sup>

Esta reforma se impulsa con la apertura de numerosos casos contra grandes cargos de la Administración pública y el asentamiento de la jurisprudencia sobre la malversación de fondos públicos. El legislador busca con esta reforma dotar al delito de mayor severidad como aviso a los servidores públicos encargados de manejar el erario público. Junto a este tipo, el cohecho y la prevaricación, los delitos de malversación integran el máximo exponente de la corrupción de los funcionarios públicos<sup>4</sup>.

## **II DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE FONDOS PÚBLICOS**

Según establece el Título VII de la Constitución Española (en adelante CE), toda la riqueza del país se encuentra supeditada a los intereses generales, vinculando el desarrollo de la actividad pública a la existencia de unos recursos económicos estatales.

El Tribunal de Cuentas, junto al Derecho Administrativo, se encarga de gestionar los gastos y distribuciones de los recursos públicos, reservando la reprochabilidad al ámbito penal para la protección del patrimonio público. Por ello el legislador implementa la regulación de este tipo para regular y a su vez proteger la prestación de servicios públicos y el buen funcionamiento de la Administración.

### **1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

---

<sup>2</sup> Versión en línea

([http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjlxMTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAifD63DUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjlxMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAifD63DUAAAA=WKE)) (consultado el 06 de febrero de 2018).

<sup>3</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Comentarios al código penal español”, Tomo II, Aranzadi, Madrid, 2016. Pág. 1420.

<sup>4</sup> SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de Malversación de caudales”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017, Pág.2 y 3.

El bien jurídico que este tipo protege, como GARCIA VALDÉS<sup>5</sup> nos define, *“es el recto y normal funcionamiento de la Administración, que sirve a los intereses generales y se encuentra sometida al principio de contradicción”*, innovación introducida por el Legislador de 1995 que, por vez primera en la historia del Derecho español, ubicó a la Administración como objeto de protección del derecho penal. Para ello, recogió dentro del Título XIX del Libro II (“delitos contra la Administración pública”) las conductas más graves que atentaban contra sus principios organizativos o la eficacia en cuanto a su forma de actuar<sup>6</sup>.

Podemos decir en este sentido que se trasladó el énfasis que recaía sobre este grupo de delitos, en cuanto a la infracción de los deberes de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, al correcto funcionamiento de la Administración pública<sup>7</sup>.

También en palabras de GARCIA VALDÉS<sup>8</sup>, lo que caracteriza a los delitos contra la Administración Pública es *“la confianza traicionada en la correcta gestión de la cosa pública por parte de los encargados de servirla, la ausencia de integridad del autor cuya limpieza ejecutiva se debe presuponer siempre, precisamente por la propia índole del puesto, mando o cargo desempeñado”*.

Debo decir que, en nuestro ordenamiento jurídico, no existe una definición taxativa del concepto Administración Pública, pero sí diversos preceptos que hacen alusión a este ente, entendiéndose como uno de los dos cuerpos que configuran la estructura de lo que hoy entendemos como Poder Ejecutivo del Estado Español. Siendo la otra parte el Gobierno, a cuya disposición se encuentra incardinada la

---

<sup>5</sup> GARCIA VALDÉS, C., “Una aproximación a los delitos contra la administración estatal”, en FERNÁNDEZ TERUELO, JG. (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Edit. Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2013, pág. 272.

<sup>6</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la administración pública”, en LAMARCA, C. (coord.), *Delitos. Parte especial del Derecho penal*, 2º ed., Edit. Colex, Madrid, 2004, pág. 377.

<sup>7</sup> MIR PUIG, C., *op. cit.*, Barcelona, págs. 286-287.

<sup>8</sup> GARCIA VALDÉS, C., *op. cit.*, pág. 272.

actividad de las Administraciones públicas, como se puede extraer del artículo 97 de la CE<sup>9</sup>.

La CE simboliza la cúspide normativa en nuestro ordenamiento jurídico, por ello debemos acudir a los artículos que versen sobre los conceptos que queremos delimitar. El artículo 9 es el primero, en el orden que esta norma establece, en hablarnos de la especial misión encomendada a los poderes públicos, obligados al cumplimiento de esta norma, así como hacer cumplir el contenido de la misma, cumpliendo el mandato constitucional designado a los Poderes públicos y a la Administración, que en síntesis serán hacer cumplir la Constitución, así como proteger el orden social de los individuos, sus igualdades y libertades.

El artículo 103 de esta misma norma establece de forma expresa las funciones propias de la Administración; en su apartado tercero realiza una descripción en abstracto del régimen que regula a los funcionarios públicos, en cuanto a acceso, derechos de sindicación, sistema de incompatibilidad, y, lo que más caracteriza a los funcionarios públicos, las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Como vemos, la CE no nos detalla minuciosamente qué es lo que se debe entender por Administración Pública, solo hace alusión a las funciones de gestión que ésta ostenta, al deber de servir los intereses generales y de la sujeción a la Ley de quienes la conforman. Para incrementar estos preceptos, debemos acudir a leyes especiales, pues la CE solo fija las bases de lo que las demás ramas del ordenamiento jurídico se encargan de desarrollar.

Los delitos que agreden a la Administración pública amparan el correcto funcionamiento de la misma, como interpreta el alto tribunal en su STS de 22 de abril de 2015: *“el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración Pública, con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE y, en definitiva, el correcto ejercicio de la potestad administrativa”*.

---

<sup>9</sup>MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, pág. 377.



Existe jurisprudencia en este sentido, como es la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014, que considera que el bien jurídico protegido son los caudales públicos, encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender a las necesidades del bien común; en una escala de desarrollo superior y en sintonía con esta interpretación, se inclina la doctrina, la que considera que no solo es la indemnidad del patrimonio público la que se protege sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado u otros organismos públicos, además de la confianza de los ciudadanos y la honesta gestión de los caudales públicos, y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios<sup>10</sup>. Por ello, se vincula el bien jurídico a los deberes de lealtad y integridad en el cargo, y el adecuado funcionamiento de los servicios públicos o el servicio a los intereses del Estado, desconfiando de la Administración y los servicios públicos al materializarse este tipo de conductas penales hacia la Administración; por ello, lo que el legislador pretende es proteger la función pública en la relación funcionario - ciudadano y no tanto la relación de funcionario y Administración, que debiera ser regulada en el derecho Administrativo disciplinario<sup>11</sup>.

Una vez abordado el bien jurídico protegido por el tipo, debe traerse a colación los artículos concretos del Código Penal que establecen el derecho sustantivo y las penas para los tipos.

## **2. DELITO**

El delito de administración desleal de fondos públicos se encuentra recogido en el artículo 432 del la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP) que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, quedó redactado del siguiente modo:

---

<sup>10</sup> STS 657/2013, de 15 de julio.

<sup>11</sup> SANZ MULAS, M., *op.cit.*, Pág. 3-5.

*“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252<sup>12</sup> sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.*

*2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253<sup>13</sup> sobre el patrimonio público.*

*3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o*

*b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.*

*Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.*

---

<sup>12</sup> Artículo 252: “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, **los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas** y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

<sup>13</sup> Artículo 253 “1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, **se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido**. 2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

Su redacción proviene de los artículos 432 a 435 del CP anteriores a la reforma legislativa del 2015. Esta regulación tenía como eje el primero de estos preceptos, que tenía la siguiente redacción:

*“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

*2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

*3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años”.*

Este precepto buscaba enfatizar la figura de la “*autoridad o funcionario público*” (sean cual fueren) y que, por razón del ejercicio habitual de su cargo, hayan recibido fondos o efectos públicos. Además, debe haber intervenido ánimo de lucro, es decir, que se hayan apropiado del patrimonio público en su propio beneficio con la intención de una apropiación (sustraído con la intención de no restituirlos) de forma definitiva.

Como segundo concepto a destacar en su lectura, se encuentran los “fondos o efectos públicos” a los que hace referencia el Título VII de la CE, que supedita la

riqueza del país a los intereses generales y al correcto desarrollo de la actividad pública, así como a la existencia de unos fondos económicos estatales<sup>14</sup>.

La administración de estos fondos es de suma valía y por ello se crea el delito de malversación de caudales (o efectos) públicos, dotándoles de una especial protección penal que tendrá como principal objetivo repeler los posibles actos de defraudación cometidos por parte de los particulares, así como por parte de los funcionarios que los tengan su cargo. Debemos entender **caudales públicos** como:

*“el dinero, los títulos representativos de un valor económico, y otros bienes muebles de contenido o significación económica, incorporados o destinados a incorporarse al patrimonio de una Administración pública<sup>15</sup>”,* siendo necesario que se hayan incorporado de forma efectiva al Erario Público.

El Tribunal Supremo, respecto a este concepto jurídico indeterminado, establece que:

*“caudales públicos son todos los que hayan llegado a poder del funcionario en ocasión de las funciones que, concreta y efectivamente, tengan a su cargo”<sup>16</sup>.*

Y la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 7 de abril de 2015, interpreta que:

*“caudales públicos son aquéllos que tienen como destino la afectación a la utilidad pública aunque no se haya producido el ingreso formal de los mismos en el erario público, es suficiente con que su destino sea dicha incorporación.”*

## **2.1. ELEMENTOS DEL TIPO (OBJETIVO Y SUBJETIVO)**

---

<sup>14</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la administración pública”, en LAMARCA, C. (coord..) *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Edit. Colex, Madrid, 2013, pág.728.

<sup>15</sup> MESTRE DELGADO, E. *op.cit.*, Pág. 729.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2008.

## A) SUJETO ACTIVO

Es importante encuadrar el **sujeto activo del delito** como **elemento del tipo**, delimitado en el artículo 24.2º del Código Penal vigente, que no ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, estableciendo:

*“Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas”.*

El concepto de autoridad o funcionario público debe interpretarse en sentido amplio, y comprender –de conformidad con la jurisprudencia- todos aquellos casos de libre designación, funcionarios interinos, contratados y personal laboral<sup>17</sup>. A modo de ejemplo, la STS de 24 de octubre de 2012 dispone que: *“...la jurisprudencia de esta Sala no ofrece dudas al respecto, aceptando una equiparación funcional entre el funcionario titular y el funcionario sustituto, interino y, por tanto, carente de la estabilidad que proporciona la pertenencia a la carrera administrativa”.*

Esta concepción del sujeto activo está también apoyada por la doctrina, como bien afirma MESTRE DELGADO<sup>18</sup>, quien manifiesta que debemos tener en cuenta que estos conceptos no tienen en el Derecho Penal el mismo significado que en el ordenamiento jurídico administrativo, tanto por la diversa finalidad que persiguen ambas normas normativas, como por la independencia de su actividad. Así, debemos entender como “autoridad pública o funcionario” a todos los empleados públicos y a los funcionarios de hecho, esto es, las personas que desempeñan funciones públicas sin tener formalmente el cargo o condición funcional.

Como este autor afirma, la condición de autoridad o funcionario público<sup>19</sup> se adquiere, pues, con la participación concreta y real en el ejercicio de las funciones

---

<sup>17</sup> MESTRE DELGADO, E. *Ibidem*, pág. 403.

<sup>18</sup> *Ídem*, pág. 378.

<sup>19</sup> MESTRE DELGADO, E., *Ibidem*, pág. 378

públicas o de administración, lo que lleva a incluir en este concepto, por ejemplo, a obispos, curas párrocos, médicos, notarios, carteros, alcaldes, concejales, etc.

En la misma línea, la Sentencia número 23/2016, de 9 de febrero de 2016, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, nos trae a colación la interpretación jurisprudencial que realiza la Sala II del Tribunal Supremo, desarrollando el concepto de **funcionario público** que establece el artículo 24.2º del Código Penal vigente, sosteniendo lo siguiente:

“El concepto de funcionario a efectos penales es amplio, situándose más allá del Derecho administrativo, pudiendo atribuirse esa consideración **a aquellos que prestan servicios a entidades estatales y organismos públicos, reconociéndose tal carácter funcional a gestores de empresas que prestan servicios público**. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 indica que el criterio teleológico u objetivo ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano de que emane sea público, aunque la relación entre el sujeto que realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas, admitiendo una gran elasticidad de formas en el órgano público: sociedades estatales, autonómicas o locales, participadas con capital público aunque con forma societarias privadas, organismos autónomos, institutos, e incluso corporaciones de Derecho Público”.

La relación de la persona con el ente puede ser meramente laboral e incluso civil, arrendamiento de servicios, interino, sustituto, incluso por corto periodo de tiempo y no necesariamente funcionario en sentido técnico. Pero siempre debe haber una adscripción al órgano, ente, Instituto, sociedad o entidad.

En consecuencia, el concepto ha sido fijado *“jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas:*

*1) el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no sustituto del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que “por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por*

*nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas” [...] y*

*2) el factor que colorea la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas”<sup>20</sup>.*

*El ánimo de lucro al que se refiere el tipo, ya sea del funcionario público, o de un tercero, constituye el **elemento subjetivo del injusto**, significando la intención de obtener cualquier ventaja o beneficio económico al realizar la acción típica, bien para sí mismo, bien para un tercero. En palabras del Tribunal Supremo:*

*Basta la intención «de aumentar el propio patrimonio o el ajeno mediante la incorporación al mismo de caudales públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones»<sup>21</sup>.*

*La jurisprudencia en este sentido se ha enfocado en el sentido de entender que si la cantidad sustraída es de poco valor nunca revestirá el delito especial gravedad, si por el contrario es grande ese valor, siempre revestirá la gravedad especial y, en los casos de un valor intermedio, habrá de concurrir también la otra exigencia expresada en el texto legal de daño o entorpecimiento del servicio público, la cual habrá de ser objeto de investigación sumarial y de prueba”<sup>22</sup>*

## **B) SUJETO PASIVO**

Este tipo de delito sólo puede ser cometido, en condición de autor ejecutivo, por la autoridad o funcionario público. Es decir, la naturaleza de estos delitos se determina en base a los sujetos activos, para que sean llamados especiales, ya que solo pueden ser cometidos por una determinada clase de personas expresamente reseñadas en los tipos delictivos, que serán los que forman parte de los órganos

---

<sup>20</sup> G. RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, J. GABRIEL RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, P. COLINA OQUENDO, *Código penal: concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Collado Mediano (Madrid), 2011, pág.1252.

<sup>21</sup> STS (Sala 2ª) de 11 de octubre de 1999, RJ 1999/7027.

<sup>22</sup> SSTs (Sala 2ª) de 3 de enero de 2000, RJ 2001/394; de 17 de diciembre de 1998, RJ 1998/10320; y de 29 de julio de 1998, RJ 1998/5855.

administrativos, como bien nos indica GARCÍA VALDÉS<sup>23</sup>. Sin embargo, es interesante el artículo 435 del Código Penal, en tanto que este precepto asimila al sujeto pasivo<sup>24</sup>:

- A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.
- A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
- A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.
- A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se altere el orden de pagos de los créditos establecido en la ley.

### C) MALVERSACION IMPROPIA

Estos últimos casos han llevado a la doctrina a hablar de la existencia de la “**malversación impropia**”. En este sentido, MESTRE DELGADO se remite a la jurisprudencia (STS de 10 de diciembre de 2007), que recuerda que *“la interpretación que debe hacerse de los actos de la autoridad que perfeccionan la ficción debe ser muy rigurosa”*<sup>25</sup>.

La malversación impropia no es una novedad legislativa, ya que el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de delimitar el tipo y establecer los elementos básicos de la figura de malversación impropia -sentencias 95/2007, de 15 de febrero de 2007 y 184/2004, de 12 de febrero de 2004, entre otras-. En esta línea, se requiere:

---

<sup>23</sup> GARCIA VALDÉS, C., *op. cit.*, 2013, pág. 273.

<sup>24</sup> *Ibidem.*, pág. 404.

<sup>25</sup> GARCIA VALDÉS, C., *op. cit.*, 2013, pag.404.



- que exista un procedimiento judicial o administrativo;
- que en el mismo se haya acordado por autoridad competente el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica;
- que se constituya depósito de bienes en legal forma, entregándose su posesión al depositario, que asume por esta vía el ejercicio de funciones públicas;
- que el depositario haya aceptado en forma su cometido tras ser debidamente informado tanto de los deberes que su compromiso conlleva, como de las responsabilidades en que puede incurrir; y
- que el depositario realice un acto de disposición de los artículos 432 a 434 del Código Penal.

El art 435 del CP protege los bienes de la administración o aquellos bienes que están bajo su custodia, pero que por diversas razones están en manos de particulares, que ejercen momentáneamente una función pública de custodia de caudales públicos.

Sentencias como las del TS de 18 de noviembre de 1998, y 26 de mayo de 1995, entre otras, indican que:

*“la formal y expresa aceptación del cargo por la persona designada debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que, en caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí solo el tipo en cuestión, la existencia de cuyo elemento subjetivo no puede ser supuesta o presumida (...) No puede ser equiparado, en efecto, un particular a un funcionario público, precisamente al efecto de exigirle la misma responsabilidad penal que al segundo, sin instruirle del cambio cualitativo que supone en su status personal el nombramiento de administrador o depositario que ha recaído sobre él y de la mutación jurídica que han experimentado los bienes secuestrados, embargados o depositados al convertirse ficticiamente en caudales públicos.”*

Esta instrucción a la que se refiere la jurisprudencia ha de ser, no sólo en referencia a los deberes civiles del cargo, en orden al deber de conservar la cosa

depositada, sino también de las responsabilidades penales que se pueden derivar, como así ha exigido igualmente el Tribunal Supremo, en sentencias como la de 9 de febrero de 1996 o 20 de febrero del mismo año.

En este sentido, debo apuntar que, dado que la malversación impropia no constituye un hecho aislado en nuestro ordenamiento jurídico, existen multitud de sentencias que se refieren a ellas y puede mencionarse la sentencia del Tribunal Supremo 3872/2005, de 17 de junio de 2015, en la que los acusados realizaban transferencias a otras cuentas corrientes, desde una cuenta bloqueada judicialmente.

## **2.2 LA CONDUCTA TÍPICA**

De conformidad con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, la conducta típica es la comisión, por las autoridades y funcionarios, de los delitos comunes de administración desleal y apropiación indebida, con la particularidad **de** que se realiza sobre el patrimonio público.

El art 253 del CP castiga la apropiación definitiva de dinero o de otro bien mueble que el autor haya recibido por un título que produzca la obligación de entregar o devolver, eliminándose del antiguo tipo la posesión en concepto de administración, lo que refuerza la idea de que, si el dinero o lo recibido no hay que devolverlo, sino que ha de administrarse, empleándolo en un fin concreto, no habrá apropiación indebida, sino administración desleal.

La apropiación indebida es una actuación meramente fáctica en la que el administrador claramente desborda los límites del poder de administración mediante la realización de actos de apropiación de los bienes que suponen un incumplimiento definitivo de la obligación de devolverlos o entregarlos<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., versión en línea ([www.elderecho.com/tribuna/penal/delito-administración-responsabilidad-penal-11-101668001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/delito-administración-responsabilidad-penal-11-101668001.html)), consultada el 5 de febrero de 2018.

### III LAS PENAS

#### 1 PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha supuesto la simplificación del delito de malversación, que en adelante se regula en un único artículo, el 432 del Código Penal. En los apartados 1º y 2º de este precepto se recoge el tipo básico<sup>27</sup> de malversación, con una pena principal de prisión de dos a seis años y con las penas accesorias de inhabilitación especial para cargo y empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de seis a diez años.

El artículo 432.3 prevé, como subtipos cualificados<sup>28</sup>, el incremento de la sanción para los casos en los que:

- “a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o*
- b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros”.*

De esta manera, la reforma supone la elevación de las penas para aquellas malversaciones superiores a 50.000 euros, resultando así un acierto la aclaración de las conductas que lleva a cabo el sujeto activo, por remisión a los artículos de la apropiación indebida y la administración desleal.

El subtipo privilegiado<sup>29</sup> de este delito se recoge en el artículo 433, el cual impone una pena de uno a dos años, multa de tres meses y un día a doce meses, además de inhabilitación especial para cargo o empleo publico y para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo de uno a cinco años.

---

<sup>27</sup> MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, pág. 403.

<sup>28</sup> *Ibidem.*, pág. 403.

<sup>29</sup> MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, pág. 404.

Asimismo debo hacer referencia a la regulación *ex novo*<sup>30</sup> contemplada en el artículo 433 bis, que se encarga de sancionar la conducta con pena multa de doce a veinticuatro meses, además de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a diez años; pero, si se causase perjuicio económico a la entidad, la pena de prisión que se podrá aplicar estará en el nuevo marco de entre uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a diez años.

De forma general, y en opinión de PÉREZ GÓMEZ<sup>31</sup>, la reforma, en este sentido, ha supuesto una mejora en nuestro ordenamiento jurídico, por el amplio margen penológico que establece el tipo penal y que otorga una gran discrecionalidad al Juzgador a la hora de imponer la pena correspondiente

En relación a lo expuesto, el artículo 434 del Código Penal dispone del siguiente modo:

*“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados”.*

Se trata de un artículo clave que está adquiriendo notable importancia en la actualidad, en tanto que éste podría favorecer a los acusados de numerosos procedimientos judiciales en curso, al suponer una rebaja en la eventual condena de prisión en los casos donde se persigue un posible delito de malversación.

---

<sup>30</sup> *Ibidem.*, pág. 406.

<sup>31</sup> PEREZ GOMEZ, R., “La regulación del delito de administración desleal en el nuevo Código Penal”, pág. 3-4 (versión en línea) <https://app.vlex.com/#vid/582612095> (consultado el 18 de septiembre de 2017).

## **2 SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

Estas alternativas a la prisión se fundamentan en la posibilidad de que en determinadas penas debe prevalecer la función de prevención especial enfocada a la reinserción social establecida en art. 25.2 CE; y demás normas de la Ley Orgánica General Penitenciaria. El legislador, con ello, intenta evitar las consecuencias que el ingreso en la cárcel tiene para los seres humanos en sus ámbitos personales, familiares y sociales.

Esta institución se encuentra regulada en el actual Código penal en los arts. 80-87; el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 introduce *ex novo* formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad, con un doble propósito:

Por una parte pretende dotar a la suspensión de una mayor flexibilidad y discrecionalidad, tanto en lo relativo a su concesión, como a su eventual revocación. Por otra parte, se persigue dar una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas. Partiendo de esta dualidad, las principales novedades introducidas por la reforma son las que siguen:

- La suspensión ordinaria, la suspensión extraordinaria por causa de toxicomanía y la sustitución dejan de ser beneficios diferenciados y con entidad propia y ahora se convierten en opciones o alternativas de un régimen único de suspensión.
- Tan solo permanece como forma sustitutiva, diferenciada de la suspensión, la sustitución por expulsión del territorio nacional para ciudadanos extranjeros.
- La primariedad delictiva deja de ser requisito imprescindible para la suspensión ordinaria.

- La comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión no implica necesariamente la revocación de la suspensión.
- En el caso de la expulsión de ciudadanos extranjeros, se suprime toda referencia a que se encuentren en situación irregular en territorio nacional.
- La libertad condicional deja de configurarse como tiempo de cumplimiento conforme al sistema de individualización científica consagrado en el art 72.1 de la LOGP, para contemplarse como una modalidad de suspensión de la ejecución de una parte de la pena.
- Tiene un reflejo legal expreso en la tesis que venían sosteniendo en los últimos tiempos la jurisprudencia, en el sentido de que el plazo de prescripción de las penas queda interrumpido durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena.
- Se introducen normas de carácter procesal en el texto punitivo y se fija como momento procesal preferente, para que el órgano sentenciador se pronuncie sobre la suspensión, la propia sentencia, aun cuando no haya ganado firmeza. De no existir dicho pronunciamiento en sentencia, se indica que el juez o tribunal habrá de hacerlo con la mayor urgencia y previa audiencia de las partes. También se indica expresamente que, con carácter general, el juez resolverá sobre la revocación de la suspensión previa audiencia de las partes, salvo que la necesidad de proteger a la víctima, el riesgo de fuga o el de reiteración delictiva aconsejen la revocación y el inmediato ingreso en prisión del reo<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Plasencia Domínguez, N., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal”. (versión en línea) [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Plasencia%20Dominguez,%20Natividad.pdf?idFile=af0324a6-c71b-429e-94b2-4ae5499ea277](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Plasencia%20Dominguez,%20Natividad.pdf?idFile=af0324a6-c71b-429e-94b2-4ae5499ea277) (consultado el 12 de diciembre de 2017).

Cumpliendo las pretensiones de esta reforma, el nuevo art. 80.1 CP establece:

*“Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.*

*Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.*

Los requisitos para la suspensión ordinaria común o general vienen establecidos en el art. 80.2 CP: *“serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:*

- 1. Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.*
- 2. Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.*
- 3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.*

*Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El*

*juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”.*

Y los requisitos para los supuestos de suspensión de penas que individualmente no excedan de dos años, en ausencia de las condiciones primera y segunda (suspensión ordinaria), coincidente con la antigua regulación de la suspensión, vienen establecidos en el apartado tercero del mismo precepto, versando como sigue:

*“Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1.a y 2.a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.*

*En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.a del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.a o 3.a del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.*

**En cuanto a los plazos**, siguen siendo los mismos que en la anterior regulación, si bien con la novedad de supeditar su concreta fijación, dentro del margen legal, a los criterios que sirvieron para valorar la oportunidad de la concesión del beneficio. Así, el art. 81 CP establece:

*“El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez o tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80”.*



En la suspensión extraordinaria en caso de enfermos graves y drogodependientes el régimen especial no sufre apenas modificaciones importantes, solo cabe destacar las aclaraciones que establece el legislador:

- La recaída puntual de drogodependientes sometidos a tratamiento de deshabituación no se considera abandono de tratamiento; y
- No se precisa el informe forense sobre los extremos relativos a la deshabituación o sometimiento a tratamiento, pudiendo recabar el juez dicha información de quien estime oportuno, pudiendo realizar las investigaciones necesarias para dar cumplimiento a dicho requisito.

Los aspectos elementales a tener en cuenta desde el punto de vista jurídico procesal son los concernientes al momento en el que la misma se solicita; con la reforma el nuevo art. 82 CP se impone que la suspensión se resuelva en sentencia “siempre que fuera posible” y, en caso contrario, una vez declarada su firmeza, que se acuerde con la mayor celeridad y con audiencia de las partes, sobre su concesión o no<sup>33</sup>.

Los Jueces o en su caso Tribunal, deberán tener acceso la hoja histórico-penal y los datos relativos a la solvencia del reo, para examinar la primariedad delictiva, así como el estado de solvencia del mismo, para de ese modo articular el compromiso de satisfacción de responsabilidad civil y las garantías exigibles.

### **3 Responsabilidad civil derivada del delito**

El legislador introduce novedades en este presupuesto que tienen relación directa con la suspensión de la pena. Este requisito, concebido en el Código penal de 1995 de inequívoca orientación victimológica, fue acogido positivamente por la

---

<sup>33</sup> SANCHEZ MELGAR, J., (versión en línea), ([www.elderecho.com/tribuna/penal/suspension/ejecucion/pena/privativa/libertad/-11-1045555001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/suspension/ejecucion/pena/privativa/libertad/-11-1045555001.html)), (consultado el 6 de febrero de 2018).

doctrina y actualmente se mantiene intacto en la vigente legislación. Ciertamente es que podrá eludirse cuando estemos ante la declaración de insolvencia, total o parcial, mediante sentencia judicial<sup>34</sup>.

La realidad práctica de este requisito no deja de ser disfuncional, pues en muchos casos acordar la suspensión en la misma sentencia podría ser lo perfecto, como sucedía con las sustituciones, pero el trámite procesal exige en este sentido la tramitación de una pieza separada de responsabilidad pecuniaria y actualizarla ante el Juzgado de lo Penal.

El Juez en este sentido podrá solicitar las garantías ordinarias que estime suficientes, si la responsabilidad no estuviera previamente garantizada. También podrá establecer distintos plazos para satisfacerla en caso de que se alegue imposibilidad de satisfacer el pago íntegro de la misma. Plazos que no podrán rebasar el límite establecido de hasta cinco años para las penas menos graves o el de un año para las leves. El quebranto de dichos plazos supondría la revocación de la suspensión de forma automática.

Esta medida ha sido impulsada en parte por la Unión Europea, configurada como una medida de naturaleza no penal, análoga a la restitución del enriquecimiento injusto del beneficiado por la comisión de un delito. En este sentido, la naturaleza patrimonial de la medida hace razonable la decisión.

No tendría razón de ser condicionar un beneficio al cumplimiento de una pena cuando la misma ha dejado de ser ejecutada de manera forzosa a costa del infractor. Por ello la renuncia del infractor a seguir contando en su patrimonio con las ganancias directas o indirectas procedentes de su actividad ilícita puede y debe ser valorado como indicador cualificado de la falta de necesidad preventivo-especial de ejecución

---

<sup>34</sup> FUENTES OSORIO, J.L., “Comentario a la reforma penal del 2015”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), “Procedimiento abreviado”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi., Pamplona, 2015, págs. 151-153.

de la pena. El legislador en esta línea considera requisito sine qua non que condicionará la suspensión como institución<sup>35</sup>.

Las autoridades y funcionarios públicos están sometidos, de conformidad con el Código Penal, a la responsabilidad penal. Sin embargo, el hecho de que estén integrados en una Administración, y cometan la infracción penal en el ejercicio de su cargo o función, puede conllevar otro tipo de consecuencias jurídicas. Al respecto, el artículo 146.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 30/1992) advierte: *“La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”*.

Se trata de una responsabilidad civil que se deriva de la infracción penal, con la particularidad de que puede también exigirse en la jurisdicción penal, gracias al principio de economía procesal, aunque se puede reservar la acción y ejercerla posteriormente en la vía civil.

Cabe decir, sin embargo, que, según FORTES GONZÁLEZ<sup>36</sup>, cuando el sujeto activo del ilícito penal es una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su cargo o función, tendremos que diferenciar dos partes subsumidas en este caso. Por un lado, cuando el perjudicado por los daños son los bienes y derechos de la propia Administración; y, por otro lado, cuando los daños y perjuicios recaigan sobre un particular.

Es en este último caso cuando la autoridad o empleado público responde directa y personalmente de los daños y perjuicios frente a la víctima, y se trata del único supuesto de responsabilidad civil en el que el sujeto perjudicado por la actuación del funcionario público puede exigir la responsabilidad patrimonial directamente del mismo, pues, en el resto de los casos, necesariamente deberá

---

<sup>35</sup> FUENTES OSORIO, J.L., *op cit.*, págs. 151-153.

<sup>36</sup> FORTES GONZALEZ, A., *La responsabilidad patrimonial de las autoridades al servicio de las administraciones públicas*, Tesis doctoral (s.p.), Universidad de Salamanca, Madrid [¿????], 2014, págs.125-126.

dirigirse frente a la Administración en la que el funcionario se integra y cuyo funcionamiento ha dado origen a los daños<sup>37</sup>.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 121 del Código Penal, la Administración es responsable subsidiaria en caso de insolvencia del sujeto activo, precepto que establece que:

*“Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”*

Debe recordarse, asimismo, que el perjudicado puede optar por la responsabilidad directa de la Administración, de conformidad con el artículo 146.2 de la Ley 30/1992. Pero en ningún caso, de conformidad con el apartado primero del artículo 121, podrá recibir doblemente cantidad indemnizatoria.

En los casos en los que la Administración es la víctima del delito, no tiene sentido que sea también ella la responsable civil, pues ello significaría tanto como indemnizarse a sí misma. Luego en este tipo de delitos la responsabilidad civil subsidiaria no alcanzaría a la propia Administración que es víctima del delito.

#### **IV . ASPECTOS PROCESALES**

##### **1. DETERMINACION DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE Y DEL ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER SOBRE DELITOS DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS EN LA MODALIDAD DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL**

Para poder clasificar qué tipo de procedimiento corresponde al delito de malversación de caudales, deberemos atender a dos notas esenciales; la primera es

---

<sup>37</sup> FORTES GONZALEZ, A., *op cit.*, págs. 126-127.

delimitar si nos encontramos ante un procedimiento ordinario, previsto en general para el enjuiciamiento de todo tipo de infracciones criminales, o si estamos en presencia de un procedimiento especial en relación a hechos punibles concretos o el enjuiciamiento de determinadas personas<sup>38</sup>.

Los procedimientos ordinarios se clasifican en función de la gravedad de la infracción criminal, es decir, teniendo en cuenta la pena en abstracto que señala el Código Penal para este delito.

El Tribunal Supremo indica en las Sentencias , Sala 2ª, de 23 de octubre de 1997 y de 1 de diciembre 1997, que *“la pena a tener en cuenta es la pena determinada en abstracto, esto es, la del tipo básico previsto en el Código Penal, y no la que resulte en el caso concreto, en razón de aplicar las reglas de individualización de la pena, relativas al grado de participación, ejecución o concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”*.

La administración desleal de fondos públicos tiene una pena privativa de libertad de dos a seis años y en su modalidad agravada de cuatro a ocho años. Para este marco penal correspondería el procedimiento penal abreviado, según establece el artículo 757 de la LECrim<sup>39</sup>.

## 2. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento penal abreviado, para el enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a 9 años, está compuesto por cuatro fases:

---

<sup>38</sup> TOMÉ GARCÍA, J., Curso de Derecho Procesal Penal, Edit. Colex., Madrid, 2016, pag.165.

<sup>39</sup> **Artículo 757 LECrim:** Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título (Procedimiento abreviado) se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

fase de instrucción, fase intermedia, fase decisorio o de juicio oral y fase de impugnación de la sentencia.

### **A) FASE DE INSTRUCCIÓN**

Esta fase puede ser iniciada a través de un particular mediante denuncia o querrela directamente ante el juez, mediante atestado policial en el que conste la comisión de un hecho punible o a través de acción penal ejercitada por el Ministerio Fiscal ante el conocimiento de un delito.

Una vez que el juez tiene conocimiento del hecho criminal que constituye la comisión del tipo, objeto de este trabajo, ordenará la incoación de esta fase, es decir, incoará unas “diligencias previas” al encontrarnos ante un procedimiento abreviado.

Se conformará un sumario, según lo establecido por el art 299 LECrim, que recogerá todas aquellas actuaciones encaminadas a preparar el juicio y de necesaria practica para averiguar y hacer constar la perpetración del delito, o en su caso delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, así como la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y responsabilidades pecuniarias de los mismos.

La principal finalidad de esta fase es, por un lado, practicar diligencias de investigación que permitan determinar y comprobar la naturaleza de las circunstancias que rodean al hecho punible, así como la averiguación de las personas que han participado en los hechos. En esta fase también se pueden adoptar, si el juez lo considera oportuno, medidas cautelares con el fin de asegurar la celebración del juicio y la ejecución de una posible sentencia, además de medidas necesarias para la protección del ofendido y sus familiares, como establece el art 13 de la LECrim<sup>40</sup>.

Los plazos máximos de duración de esta fase fueron recientemente modificados por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, dependiendo de la calificación por

---

<sup>40</sup> TOMÉ GARCÍA, J., *op.cit*, 2016, pag.168.

el órgano instructor de sencilla o compleja, estableciéndose en el art. 324.2º de la LECrim las causas que deberán concurrir para que se determinara fase de instrucción compleja.

La fase de instrucción sencilla no podrá superar 6 meses desde la incoación de las diligencias previas. No obstante, si el Instructor de la causa considerase, antes de la expiración de este plazo, que por circunstancias sobrevenidas se encuentra ante una instrucción compleja, podrá declarar la instrucción compleja para poder disponer del plazo que a esta le corresponde, de 18 meses, prorrogables por un mismo plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia a las partes.

Estos plazos solo podrán interrumpirse en el caso de acordarse el secreto de actuaciones, durante la duración del mismo; o en el caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.

Una vez expirado el plazo y practicadas las diligencias de instrucción, el juez instructor emitirá un auto en el que adopte alguna de las siguientes resoluciones:

Acordará el **sobreseimiento** de la causa cuando estime que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no se encuentra suficientemente justificada su perpetración. Podrá en su caso acordar sobreseimiento provisional ante el desconocimiento del autor del delito y ordenará su archivo<sup>41</sup>. A diferencia de los procedimientos ordinarios, en los abreviados es el mismo juez de instrucción el que decide el sobreseimiento o en su caso, la apertura del juicio oral. Contra este auto siempre podremos interponer, en virtud de lo establecido en el art 766 LECrim, recurso de reforma y apelación.

---

<sup>41</sup> Art 779.1.1ª.I de la LECrim “1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo”.

Como el delito de malversación de caudales públicos tiene una pena marco de 2 a 6 años, si no concurren circunstancias que agraven el tipo o lo atenúen, reúne los presupuestos necesarios para aplicar el art 757 LECrim y que el juez dicte **auto de transformación, acomodación o continuación** de diligencias previas a procedimiento abreviado. Resolución que dicta cuando considera que los hechos son constitutivos de delito que han de ser enjuiciados por el procedimiento abreviado y alguien ha sido investigado por los mismos.

Es importante que en este punto, al investigado de los hechos punibles se le haya tomado declaración en los términos que establece el art 775 LECrim.

A este respecto, la STS de 156/2007, de 25 de enero, recuerda que el auto de transformación a procedimiento abreviado es el equivalente procesal del auto de procesamiento en el sumario ordinario, cuya legitimidad es la fijación de la legitimación pasiva, así como el objeto del proceso penal.

Contra el auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado cabe la interposición de los recursos de reforma y apelación, según establece el art 766 LECrim. En este punto del procedimiento sería cuando, por decisión del juez, y si considerase que el hecho constituye un delito que por competencia objetiva corresponde a los tramites del procedimiento ordinario o en su caso, ante el Tribunal Jurado, acordaría el cambio de procedimiento en los términos establecidos en el art 760 LECrim<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup>**Artículo 760:** Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este Título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757, se continuará conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales. Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley, continuará su sustanciación de acuerdo con las del presente Título en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757. En ambos casos el cambio de procedimiento no implicará el de instructor. Iniciado un proceso conforme a las normas de esta Ley, en cuanto aparezca que el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento sea competencia del Tribunal del Jurado, se estará a lo dispuesto en el artículo 309 bis. Acordado por el Juez o Tribunal el procedimiento



Por último en esta fase aludir a la conclusión de la fase de instrucción en el caso de que el investigado reconozca los hechos o confiese el delito en cualquier momento anterior<sup>43</sup>. Si esto sucediera, el juez convocará de inmediato al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso de que así procedan, ordenará diligencias urgentes y seguirá la actuación por los trámites previstos en los art 800 y 801.

## **B) FASE INTERMEDIA O DE PREPARACION DE JUICIO ORAL**

Esta fase se denomina “intermedia” por encontrarse situada entre las dos fases que tradicionalmente distingue nuestra LECrim: la fase de instrucción y la fase decisoria o de juicio oral. En el procedimiento abreviado esta fase se produce de forma implícita cuando el juez de instrucción dicta resolución acordando seguir los trámites del procedimiento abreviado (auto de transformación).

Esta fase tiene como finalidad la posibilidad de que el órgano jurisdiccional y las partes examinen la anterior fase de instrucción, si es necesario practicar nuevas diligencias que complementen el material recabado por el órgano instructor y si concurren los presupuestos necesarios para decretar la apertura de juicio oral o en caso contrario, el sobreseimiento de la causa<sup>44</sup>.

El conocimiento de la fase intermedia se encomienda a órganos jurisdiccionales de segunda instancia en los procedimientos ordinarios porque en los abreviados, seguirá conociendo de esta fase el Juez de instrucción, que será quien decida la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de la causa.

---

que deba seguirse, el Secretario judicial lo hará saber inmediatamente al Ministerio Fiscal, al investigado y a las partes personadas.

<sup>43</sup> Art 779.1º LECrim.

<sup>44</sup> TOMÉ GARCÍA, J., *op.cit*, 2016, pag.172.

Una vez dictado el auto de transformación de diligencias previas a procedimiento abreviado, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que en el plazo de diez días, soliciten a través de escrito de acusación la apertura del juicio oral, o excepcionalmente la práctica de diligencias complementarias<sup>45</sup>.

Solicitada la apertura de juicio oral, y presentado el escrito de acusación, en cuyo contenido han de constar las pruebas cuya practica se interese en el juicio oral, el Juez de Instrucción decretará la apertura del juicio oral y dará traslado a las partes en el proceso, Ministerio Fiscal o acusación particular y al Letrado de la Administración de Justicia quien hubiera solicitado el sobreseimiento, en el plazo de tres días, excepto si ha renunciado a su acción<sup>46</sup>.

### **C) FASE DECISORIA O DE JUICIO ORAL**

Nos encontramos ante la fase esencial del procedimiento, pues este juez será el determinado competente para conocer del juicio y deberá dictar sentencia apreciando según considere las pruebas practicadas en él y las razones expuestas por la acusación y la defensa.

El eje esencial de esta parte lo conforma el acto de la vista o juicio oral; no obstante, antes de iniciarse las sesiones del juicio, las partes deben interponer y formular sus pretensiones, así como proponer las pruebas que pretendan hacer valer en su defensa, a través de los escritos de acusación y defensa, que serán resueltos por medio de auto sobre el rechazo o la admisión de pruebas propuestas; y, en vista de ello, el Letrado de la Administración de Justicia señalará la fecha del juicio<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Art 780.1º LECrim.

<sup>46</sup> Art 783,1º II LECrim.

<sup>47</sup> TOMÉ GARCÍA, J., *op.cit*, 2016, pag.174.

En el acto de la vista se practicarán las pruebas y las partes, con el resultado de las mismas, ratificarán o modificarán las conclusiones de sus escritos de calificación provisional.

El tribunal en este punto del *iter* procesal, podrá en aplicación del art. 733 LECrim, sugerir a las partes la rectificación de la calificación del hecho punible por considerar concurrencia de error en la misma.

Las partes defenderán oralmente sus conclusiones definitivas a través de sus informes y, finalmente se dará la palabra al acusado para su derecho a la última palabra. Después el Juez declarará concluso el juicio para sentencia.

El conocimiento de la fase decisoria se atribuye a la Audiencia Provincial o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuando los delitos tengan una pena señalada superior a cinco años<sup>48</sup>.

#### **D) IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA**

Tras la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, el procedimiento abreviado se mantiene como un proceso de doble instancia, pues ante el eventual desacuerdo sobre la sentencia emitida por el juez que correspondiere, podrá interponerse recurso de apelación y además dispondremos de recurso de casación,

---

<sup>48</sup> **Art 14.3º LECrim:** Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes: [...]3. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto.

cuya principal función es la unificación de doctrina penal. Las resoluciones recurribles en casación serán conforme a las causas recogidas en el 847 y 848 de la LECrim.

## **V PROBLEMAS DERIVADOS DEL ENJUICIAMIENTO DE ESTA CLASE DE DELITOS**

Ante la determinación del tribunal competente para el enjuiciamiento del delito de malversación de caudales públicos en su modalidad de administración desleal, nos encontramos ante la posibilidad de tener tres posibles tribunales sentenciadores:

- Audiencias Provinciales
- Tribunal del Jurado
- Sala de lo Penal en la Audiencia Nacional

Ante este abanico de posibilidades, procederé a exponer las peculiaridades de cada proceso.

### **1 LOS AFORADOS, COMPETENCIA OBJETIVA POR RAZÓN DE LA PERSONA A LA QUE SE INVESTIGA**

La institución del aforamiento se conecta, además, con uno de los derechos fundamentales previstos en el artículo 24.2 de la Constitución. En este precepto se reconoce, entre otros, el derecho "al Juez ordinario predeterminado por la Ley". Y precisamente lo que hace el artículo 102.1 de la Constitución es predeterminar directamente el Juez competente para enjuiciar causas criminales dirigidas contra los miembros del Gobierno. Ello permitiría -de manera similar a como acontece en el caso de los Diputados y Senadores en virtud del artículo 71.3 de la Norma Fundamental- utilizar como derecho fundamental vulnerado la pretendida instrucción y enjuiciamiento criminal de los miembros del Gobierno por un órgano jurisdiccional distinto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Ahora bien, lo que no garantiza el artículo 102.1 es la continuidad de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el conocimiento de una causa criminal dirigida contra un miembro del Gobierno cuando éste hubiera dejado de serlo. Es clarificadora en este aspecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1997, en la que, si bien se aborda el alcance del artículo 71.3 de la Constitución (aforamiento de los Diputados y Senadores), sin embargo sus afirmaciones son también trasladables para valorar el alcance del artículo 102.1 de la Constitución. En este sentido, señaló el Alto Tribunal que:

*“cuando el artículo 71.3 de la Constitución establece que en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, está estableciendo un contenido absolutamente indisponible de esta prerrogativa, de tal manera que, cualquiera que sea la causa, ésta pasará al Tribunal Supremo desde el momento en que la misma afecte a un Diputado o Senador, y mientras no pierda la condición de miembro de las Cortes Generales. Más allá de este contenido indisponible, corresponde a las leyes procesales (y, en su caso, al Tribunal Supremo en trance de interpretar normas preconstitucionales) dar respuesta a dicha cuestión, pudiendo resolverse de distinta manera acerca de la "perpetuatio iurisdictionis", sin que, en principio, quepa considerar por ello afectado el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución”.*

La institución del aforamiento que la Constitución establece en su art. 47, es para los procesos penales y para los miembros de la Cortes Generales e integrantes del Gobierno que no sean parlamentarios. Las persona aforada no será juzgada por el tribunal ordinario que le correspondería, sino por uno jerárquicamente superior<sup>49</sup>. En teoría, esto puede hasta suponer una desventaja para el procesado, pues un aforado solo puede ser enjuiciado por el Tribunal Supremo, careciendo de segunda instancia, ya que no dispone de recurso de apelación contra la primera sentencia que recibe. Sólo podría intentar que se le admita un recurso extraordinario de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”)<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Art 117.3 CE

<sup>50</sup> TOMÉ.GARCÍA, J., *op.cit*, 2016, pag.65.

Existen los siguientes supuestos de aforamientos:

- Serán encargadas de conocer, en atención a lo establecido en el artículo 8.1º de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad **las Audiencias Provinciales** sobre delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones.
- **La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia** conocerán como Sala de lo Penal, según el art. 73.3 LOPJ:

*“a) Del conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.*

*b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo”.*

- **La Sala de lo penal del Tribunal Supremo** conocerá:

De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejero del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que en su caso, determinen los Estatutos de Autonomías (art 57.1.2º LOPJ).

Así como de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia (art 57.1.3º LOPJ).

- El **Tribunal del Jurado** también conocerá, tal y como se desprende del art. 1.3º de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (en adelante LOTJ), de los delitos en los que se le atribuye competencia cuando por razón de aforamiento del investigado o encausado, su enjuiciamiento corresponda al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia. En estos caso el Tribunal de Jurado no se constituirá en el ámbito de la Audiencia Provincial sino en el ámbito de tribunal que corresponda por razón de aforamiento.

Por otro lado, aunque ha suscitado ciertas discusiones doctrinales, parece lógico concluir que la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo será para enjuiciar con plenitud la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno, incluida la responsabilidad civil derivada del delito en el caso de que se hubiera exigido conjuntamente con la responsabilidad penal<sup>51</sup>.

## 2 COMPETENCIA OBJETIVA ATRIBUIDA AL TRIBUNAL JURADO

El Tribunal del Jurado tendrá competencia para conocer del enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento. En el art. 1 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado<sup>52</sup> (en adelante LOTJ) se establece la competencia objetiva de

---

<sup>51</sup> GARCIA.TREVIJANO.E., (versión línea),

([http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=102&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=102&tipo=2)),

(consultado el 7 de febrero de 2018).

<sup>52</sup> Art 1 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (en adelante LOTJ):1. El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por esta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas: a) Delitos contra las personas. b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. c) Delitos contra el honor. d) Delitos contra la libertad y la seguridad. 2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal: a) Del homicidio (artículos 138 a 140). b) De las amenazas (artículo 169.1.º). c) De la omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196). d) Del allanamiento de morada (artículos 202 y 204). e) De la infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415). f) Del cohecho (artículos 419 a 426). g) Del tráfico de influencias (artículos 428 a 430).h) De la malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434). i) De los fraudes y exacciones

este Tribunal. Para ello, el legislador parte de la idea, expresada en la Exposición de Motivos de la misma Ley, de que el ámbito de conocimiento del Jurado debe ser limitado, si bien deja ahí abierta la posibilidad de futuras ampliaciones de ese ámbito competencial. Introduciendo en la rúbrica de este delito la siguiente cláusula “*por esta u otra Ley*”. Con ella establece que no solo este Tribunal podrá ser el competente para conocer de estos delitos, también se denomina cláusula abierta, en ocasiones usada por el legislador cuando no pretende que se haga una interpretación restrictiva.

La competencia objetiva reside en la atribución del conocimiento de los asuntos, en primera o única instancia, a órganos de un grado jurisdiccional concreto, pudiéndose determinar en base a tres criterios:

- La mayor o menor gravedad del hecho enjuiciado (competencia ordinaria o común)
- La naturaleza especial del objeto (competencia *ratione materiae*)
- La cualidad del sujeto encausado (competencia *ratione personae*).

Pues bien, el art. 1 LOTJ regula, fundamentalmente, esta clase de competencia del Jurado, y podemos decir que lo hace basándose en el criterio de la naturaleza especial del objeto, en razón de la materia. Por el contrario, el art. 5 de la LOTJ se encuentra en contraposición con el art. 1.3 de la LOTJ<sup>53</sup> que va más allá, dado que excluye de la competencia del Tribunal del Jurado “**en todo caso**” todos los delitos cuya competencia se atribuya a la Audiencia Nacional, con lo que se sitúan al margen de este Tribunal algunos tipos delictivos que serían idóneos para su enjuiciamiento por el mismo: delitos monetarios, defraudaciones y maquinaciones

---

ilegales (artículos 436 a 438). j) De las negociaciones prohibidas a funcionarios (artículos 439 y 440). k) De la infidelidad en la custodia de presos (artículo 471). 3. El juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional.

<sup>53</sup> **Art 1.3 LOTJ:** El juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional.



para alterar el precio de las cosas, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, etc.

## VI CONCLUSIONES

**PRIMERA.** El delito de malversación ha sido una constante histórica en nuestro Derecho Penal. La importancia que representa la administración de los fondos públicos ha llevado a nuestro Legislador a dotar de mayor reprochabilidad penal las conductas que recoge el artículo 432, con su correspondiente remisión a los artículos 252 y 253.

**SEGUNDA.** La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha supuesto la simplificación del delito de malversación, que en adelante se regula en un único artículo, el 432 del Código Penal. En los apartados 1º y 2º de este precepto se recoge el tipo básico<sup>54</sup> de malversación, con una pena principal de prisión de dos a seis años y con las penas accesorias de inhabilitación especial para cargo y empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de seis a diez años.

**TERCERA.** La administración desleal de fondos públicos tiene una pena privativa de libertad de dos a seis años y en su modalidad agravada de cuatro a ocho años. Para este marco penal correspondería el procedimiento penal abreviado según establece el artículo 757 de la LECrim.

**CUARTA.** El Tribunal del Jurado podrá conocer en base al criterio de la naturaleza especial del objeto, en razón de la materia, de los delitos “b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.” Cuya competencia ostenta para enjuiciar y fallar sobre los delitos de la malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434).

**QUINTA.** Cuando nos encontremos ante un delito de malversación de caudales públicos, puede ocurrir que hasta sentencia definitiva no sepamos con plena certeza

---

<sup>54</sup> MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, pág. 403.

jurídica el tipo de delito que se ha cometido, habrá de atenderse a la posibilidad de que a lo largo del *iter* procesal la variación en la calificación de los hechos implique resolver acerca de la necesidad o no de una adecuación procedimental.

Cuando los hechos inicialmente considerados como un hecho delictivo que determine una competencia objetiva se modifiquen a lo largo del proceso, nos veremos en la necesidad de plantearnos si la competencia para conocer correspondería a otro tribunal. Sólo se incoará el procedimiento especial ante el Tribunal del Jurado cuando exista una completa seguridad acerca de la concurrencia de los requisitos exigidos para ello, establecidos en el art 24 LOTJ. La incoación a través del procedimiento Jurado deberá efectuarse con seguridad y cautela. Sólo se dictará auto de cuando se den claramente los requisitos<sup>55</sup>.

En caso de no saber con certeza si podemos incoar un procedimiento ante el Tribunal del Jurado, incoaremos “diligencias previas” al corresponder entonces un procedimiento abreviado.

**SEXTA.** El art 1.3 LOTJ constituye una exclusión de competencia para el Tribunal del Jurado, cuando surjan problemas interpretativos sobre esta materia, y colisionen dos reglas de competencia, como podría suceder en el caso de persona aforada de delitos atribuidos a la Audiencia Nacional, en tales casos —explica la Circular 3/1995 de la Fiscalía general del Estado—, la regla de aforamiento prevalece sobre cualquier otra y, por tanto, el delito que inicialmente correspondía a la Audiencia Nacional pasa a ser competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia o de la Sala 2ª del Tribunal Supremo por razón del fuero personal.

Conviene precisar que la Circular 3/1995, debido a la confusión ante la competencia objetiva que rodea a este tipo de delitos, interpreta que, cuando el aforado sea Presidente o miembro del Gobierno, un Diputado o Senador, no podrá ser enjuiciada su conducta a través de Tribunal del Jurado en ningún supuesto, pues dichos

---

<sup>55</sup> Circular 3/1995, de la Fiscalía General del Estado, «una especie de declaración programática o marco general de competencia» del Jurado

aforamientos, al estar establecidos en la Constitución, no pueden considerarse modificados por los art 1 y 2 de la LOTJ.

**SEPTIMA.** La Ley Orgánica del Poder Judicial extiende el aforamiento a 10.000 personas, desvirtuando esta institución. La inicial concepción restrictiva se ha visto desbordada porque el Legislador, especialmente a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha extendido el aforamiento a los pleitos civiles y, sobre todo, ha incluido a los Presidentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, a los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, a los Magistrados del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, al Fiscal General del Estado, al Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas,... y así hasta unas 10.000 personas, aunque muchas de ellas serán juzgadas por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

No estando justificada por la función que cumplen esas personas, pues en el ámbito penal el aforamiento no se limita a los hechos cometidos en el ejercicio del cargo.

**OCTAVA.** En cuanto a los problemas que pueda general la determinación de la competencia en aquellos casos en los que el aforado tenga esa condición y, durante la tramitación del proceso la pierda, el TS ha declarado en la Sentencia de 10 de diciembre, núm. 869/ 2014, que en las causas con aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado.

**NOVENA.** Por otro lado, aunque ha suscitado ciertas discusiones doctrinales, como nos indica GARCIA TREVIJANO, parece lógico concluir que la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo será para enjuiciar con plenitud la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno, incluida la responsabilidad civil derivada del delito en el caso de que se hubiera exigido conjuntamente con la

responsabilidad penal, puesto que si lo es para enjuiciar a los aforados lo será para calcular esta cantidad indemnizatoria<sup>56</sup>.

## VII BIBLIOGRAFÍA

- FORTES GONZALEZ, A., *La responsabilidad patrimonial de las autoridades al servicio de las administraciones públicas*, Tesis doctoral (s.p.), Universidad de Salamanca, Edit. Colex., Madrid, 2014,
- FUENTES OSORIO, J.L., “Comentario a la reforma penal del 2015”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), “El procedimiento abreviado”, Edit. Thomson Reuters Aranzadi., Pamplona, 2015.
- G. RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, J. GABRIEL RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, P. COLINA OQUENDO, *Código penal: concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Collado Mediano (Madrid), 2011.
- GARCIA VALDÉS, C., “Una aproximación a los delitos contra la administración estatal”, en FERNÁNDEZ TERUELO, JG. (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Edit. Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2013.
- MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la administración pública”, en LAMARCA, C. (coord.), *Delitos. Parte especial del Derecho penal, 2º ed.*, Edit. Colex, Madrid, 2004.
- MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la administración pública”, en LAMARCA, C. (coord.) *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, 2ª ed.*, Edit. Colex, Madrid, 2013.

---

<sup>56</sup> GARCIA TREVIJANO.E., (versión línea),

([http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=102&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=102&tipo=2)),

(consultado el 7 de febrero de 2018).

- MIR PUIG, C., “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español” ADPCP, vol. LXVIII, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., “*Comentarios al código penal español*”, Tomo II, Aranzadi, Madrid, 2016.
- SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de Malversación de caudales” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017.
- TOMÉ GARCÍA, J., Curso de Derecho Procesar Penal, Edit. Colex., Madrid, 2016.

## **VIII        LEGISLACIÓN UTILIZADA**

Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27 de noviembre de 1992)

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE de 17 de septiembre de 1882)

Real Decreto de 24 de julio de 1889, que publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995)

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 3 de julio de 2010)

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015)

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

## **IX JURISPRUDENCIA**

### **Sentencias del Tribunal Supremo:**

- STS 3872/2005, de 17 de junio de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 20 de febrero de 2015
  
- STS núm. 869/2014, de 10 de diciembre
- STS de 3 de septiembre de 2014
- STS 657/2013, de 15 de julio de 2013
- STS de 24 de octubre de 2012
- STS de 10 de diciembre de 2007
- STS de 156/2007, de 25 de enero
- STS 95/2007, de 15 de febrero
- STS 184/2004, de 12 de febrero 2004
- STS (Sala 2ª) de 3 de enero de 2000
- STS (Sala 2ª) de 11 de octubre de 1999
- STS núm. 331/1998 de 17 de diciembre de 1998
- STS de 29 de julio de 1998
- STS de 1 de diciembre 1997
- STS Sala 2ª, del 23 de octubre de 1997
- STS de 9 de febrero de 1996

### **Sentencias de Audiencia Provincial:**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de febrero de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de abril de 2015

- Sentencia del Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife  
de 18 de noviembre de 1998
- Sentencia del la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de mayo de 1995

**Sentencia del Tribunal Constitucional:**

- Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1997 de 11 de febrero de 1997